

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications

Vegis, Emmanuelle; De Streel, Alexandre

Published in:

Droit des technologies de l'information : regards prospectifs

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Vegis, E & De Streel, A 1999, La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications. Dans E Montero (Ed.), *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs*. Académia Bruylant, Bruxelles, p. 389-423.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES ET SON APPLICATION AUX TÉLÉCOMMUNICATIONS

Alexandre de STREEL* et Emmanuelle VÉGIS**2

1. Objet, plan et limites de l'étude. — Dans la présente étude, on examinera la théorie des « essential facilities »³ et son application au secteur des télécommunications⁴. D'abord, par une analyse des décisions de la Commission et des juridictions communautaires, on dégagera les conditions d'application de cette théorie récente et encore imprécise. Ensuite, nous étudierons dans quelle mesure la théorie permet d'offrir aux nouveaux entrants sur les marchés des télécommunications un argument juridique, voire une arme de négociation, pour obtenir l'accès aux ressources, principalement le réseau, détenues par les opérateurs historiques. Enfin, nous comparerons la théorie avec certaines dispositions du droit spécifique des télécommunications qui visent aussi à faciliter l'accès des nouveaux entrants. Cette contribution se limite au droit européen et aux aspects matériels. Nous n'avons pas développé le droit américain, ni les aspects institutionnels, notamment les conflits possibles entre les autorités en charge de la concurrence et celles qui doivent appliquer le droit spécifique des télécommunications.

* Assistant au CRID-FUNDP.

** Codenet, senior counsel-interconnection, legal & regulatory affairs.

2 Les auteurs remercient R. QUECK pour les stimulantes discussions et ses commentaires pertinents.

3 Cette théorie est diversement traduite en française : théorie des installations essentielles, théorie des ressources essentielles ou théorie des facilités essentielles. Nous adopterons cette dernière formulation, qui même si elle n'est pas la plus correcte en français, a l'avantage de se rapprocher de son équivalent anglais couramment utilisé.

4 Voy. aussi : J. SCHERER, « Das Bronner-Urteil des EuGH und die Essential facilities-Doktrin im TK-Sektor », *MMR*, 1999/6, 315-321.

I. L'ACCÈS EN DROIT DE LA CONCURRENCE : LA THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES⁵

2. Introduction. — On constate que des droits d'accès ont généralement été reconnus lorsque l'impossibilité d'accéder au bien, considéré comme essentiel, était le résultat d'un abus de position dominante. La protection des tiers, demandeurs d'accès, a donc principalement lieu *a posteriori* en application de l'article 82⁶ du traité CE. Plus rarement, une protection *a priori* a été reconnue aux tiers, au travers de décisions d'exemption de la Commission fondées sur l'article 81, §3 du traité CE à l'occasion de procédures de notification de constitution de filiales communes ou d'accords portant sur la construction et/ou l'exploitation d'infrastructures essentielles.

I.1. Les décisions fondées sur l'article 82 du traité CE ⁷

3. La décision de la Commission *Sealink/B&I*⁸. — Le gestionnaire du Port de Holyhead, la société Sealink, avait modifié les horaires favorisant ainsi ses propres bateaux par rapport à ceux de la société B&I également active dans le domaine du transport maritime. Ce changement d'horaires et partant, les

⁵ Sur cette théorie, voy. l'étude de référence : J. TEMPLE LANG, « Defining Legitimate Competition : Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities », *Fordham Corporate Law Institute*, 1995, 245-313. Voy. aussi : D. GLASL, « Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law : A Contribution to the Current Debate », *ECLR*, 1994, 306-314 ; M. FURSE, « The 'Essential Facilities' Doctrine in Community Law », *ECLR*, 1995, 469-473 ; M. CAVE & P. CROWTHER, « Competition law approaches to regulating access to utilities : The essential facilities doctrine », *Rivista internazionale di scienze sociali e disciplini ausiliarie*, 1995, p. 141-158 ; T. COWEN, « The Essential Facility Doctrine in EC Competition Law : Towards a 'Matrix infrastructure' », *Fordham Corporate Law Institute*, 1996, 521-547 ; D. RIDYARD, « Essential Facilities and the Obligations to Supply Competitors under UK and EC Competition Law », *ECLR*, 1996, 438-452 ; D. VAN LIEDEKERKE, « Access to infrastructures, networks and services under EC competition law. Interconnection in telecommunications and precedents in others sector » in UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Le droit des autoroutes de l'information et du multimédia: Un nouveau défi*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 131-154 ; L. IDOT, « Dans quelle mesure le droit de la concurrence (déloyale) impose-t-il de donner à d'autres opérateurs économiques accès à des infrastructures, services ou informations que l'on détient ? », *Rev. Int. Conc.*, 1998/2, p. 30-33 ; A. OVERD & B. BISHOP, « Essential Facilities : The Rising Tide », *ECLR*, 1998, 183-185 ; J. KALLAUGHER & S.B. VOLCKER, « Article 86, Essential Facilities, and Telecommunications », *IBC Conference*, Brussels, 1998 ; E. VÉGIS, « La théorie des 'essential facilities' : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteintes à la concurrence », *Rev. Droit Commercial Belge*, 1999, 4-21.

⁶ Dans notre étude, nous avons adopté la nouvelle numérotation du traité CE : l'article 85 est devenu l'article 81 et l'article 86 est devenu l'article 82.

⁷ La jurisprudence communautaire qui a fait application de la théorie des facilités essentielles n'est pas limitée aux décisions citées dans le présent article. Pour des références jurisprudentielles plus complètes, voy. doctrine citée plus haut.

⁸ Comm., 11 juin 1992, B&I/Sealink, *CMLR*, 1992, p. 255 ; cette décision, qui n'est pas publiée au Journal Officiel, est reprise par extraits par J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 262.

conditions d'accès au marché du transport maritime accordées à B&I moins favorables que celles dont bénéficiait Sealink et la discrimination qui en résultaient, entraînait une perturbation dans le service de B&I. Cette dernière société s'en trouvait désavantagée dans la concurrence.

La Commission a considéré que l'accès à des conditions discriminatoires à ce port, qui a été qualifié d'infrastructure essentielle, constituait un abus de position dominante sanctionné par l'article 82 du traité CE. Elle a défini une infrastructure essentielle comme « une installation ou une infrastructure sans laquelle des concurrents ne peuvent fournir de services à leurs clients ». La Commission a dès lors reconnu l'existence *prima facie*⁹ d'un abus de position dominante dans le chef de Sealink. Cette dernière disposait d'une position dominante sur le marché des installations portuaires et en a abusé pour renforcer sa position sur le marché auxiliaire du transport par ferries. À cette occasion, la Commission a posé le principe selon lequel tout propriétaire d'une installation essentielle qui utilise sa puissance sur un marché donné dans le but de renforcer sa position sur un marché auxiliaire, notamment en accordant à son concurrent un accès sur ce marché auxiliaire à des conditions moins favorables qu'à ses propres services, enfreint l'article 82 dans la mesure où un désavantage dans la concurrence est infligé à son concurrent sans justification objective.

4. La décision de la Commission *Sea Containers/Stena Sealink*¹⁰. — Dans le second cas concernant le même port de Holyhead, la compagnie Sea Containers reprochait à Sealink de lui refuser l'accès au port dans des conditions raisonnables et non discriminatoires pour la mise en place d'un service de catamarans. Elle abusait de cette manière de sa position dominante en tant que propriétaire et exploitant d'une infrastructure essentielle, en vue de protéger sa position sur le marché de la fourniture de service de transbordeurs qui auraient été en concurrence avec les catamarans. Sea Containers soutenait également que Sealink n'avait pas fait de distinction entre son rôle d'exploitant du port et celui d'exploitant d'un service de transbordeurs et avait utilisé ses droits exclusifs sur le port pour protéger ses intérêts commerciaux sur le marché des transbordeurs, et ce sans justification objective. De plus, Sealink usait systématiquement de manœuvres dilatoires et avait tenté d'entraver les initiatives de Sea Containers en vue d'utiliser d'autres installations.

⁹ Condition pour octroyer les mesures provisoires demandées.

¹⁰ Comm., 21 décembre 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, JOCE, 18 janvier 1994, L-15/8.

La Commission a réagi à ce type de comportement en précisant que dans ses négociations avec Sea Containers, Sealink n'a pas proposé ou tenté d'apporter des solutions aux problèmes qu'elle soulevait et qu'en rejetant toutes les propositions de Sea Containers sans faire aucune contre-proposition ou sans même tenter de négocier, Sealink s'est comportée de manière incompatible avec les obligations qui incombent à l'entreprise qui jouit d'une position dominante sur des installations essentielles. Elle a estimé qu'il y avait une présomption raisonnablement forte d'abus de position dominante dans le chef de Sealink dans la mesure où l'exploitant d'une installation essentielle est tenu d'offrir un accès à des conditions non discriminatoires et ne peut exercer de discrimination en faveur de ses propres activités sur un marché apparenté.

5. La décision de la Commission *port de Rodby*¹¹. — La société Stena avait sollicité l'autorisation du gouvernement danois de construire un port de commerce privé à proximité du port de Rodby au Danemark ou, au moins, de pouvoir utiliser ce port pour exploiter une liaison maritime entre Rodby et l'Allemagne. Sur proposition de l'entreprise publique DSB, propriétaire et gestionnaire du port et assurant également une liaison entre Rodby et Puttgarden, le gouvernement danois a refusé d'accorder l'autorisation demandée par Stena.

La Commission a condamné ce refus sur la base des articles 82 et 86 du traité CE car il avait pour effet d'éliminer un concurrent potentiel et de renforcer la position dominante de DSB. Pour conclure à l'existence d'un abus de position dominante, la Commission a fait application de la jurisprudence *Télémarketing*¹² selon laquelle « constitue un abus de position dominante le fait, pour une entreprise en position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une autre entreprise sur un marché voisin, mais distinct, ayant ainsi la possibilité d'éliminer toute concurrence de la part de cette dernière entreprise ». Une entreprise qui possède ou gère et utilise elle-même une installation essentielle, c'est-à-dire une installation ou une infrastructure sans laquelle ses concurrents ne peuvent offrir de services à leurs clients, et qui leur refuse l'accès à cette installation, abuse de sa position dominante.

¹¹ Comm., 21 décembre 1993, Port de Rodby, *JOCE*, 26 février 1994, L-55/52.

¹² CJCE, 3 octobre 1985, CBEM/CLT, 311/84, *Rec.*, p. 3261.

6. L'arrêt de la Cour *Bronner*¹³ - L'origine de l'affaire¹⁴. — Médiaprint, éditeur de deux quotidiens autrichiens représentant 46,8 % du tirage national, refusait d'intégrer dans son système de portage à domicile, qui était le seul à l'échelle nationale, le quotidien *Der Standard* qui représentait 3,6% du tirage national. Médiaprint a été assigné par Oscar Bronner, éditeur du *Standard*, sur la base des dispositions autrichiennes relatives à l'abus de position dominante, inspirées de l'article 82 du traité CE. La Cour de Justice a été interrogée au sujet de l'interprétation de l'article 82 et, conformément à sa jurisprudence, s'est déclarée compétente. La juridiction autrichienne a demandé, en substance, si le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser, contre une rémunération adéquate, l'accès audit système à un éditeur de quotidiens concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile constitue un abus de position dominante interdit par l'article 82 du traité CE.

Bronner a fait valoir que le portage à domicile de quotidiens constitue un marché distinct d'autres services car cette prestation serait généralement offerte et demandée séparément. Il estimait que le système de portage de Médiaprint était une facilité essentielle car il n'y avait aucune solution de remplacement de portée équivalente et il aurait été non rentable pour lui d'organiser son propre système en raison du faible nombre de ses abonnés. Il soutenait que Médiaprint devait lui en accorder l'accès. À l'appui de ses revendications, Bronner s'est notamment fondé sur la jurisprudence *Commercial Solvents*¹⁵ dans lequel la Cour de Justice a considéré que la cessation, par une entreprise jouissant d'une position dominante, de livrer des entreprises actives sur le marché aval, n'est licite que si ce refus est objectivement justifié et sur l'arrêt *Télémarketing* que nous avons déjà évoqué. Bronner a tenté de transposer cette jurisprudence au cas d'une entreprise en position dominante sur le marché d'une prestation de services déterminée (le portage à domicile de quotidiens), qui est indispensable à l'activité d'une autre entreprise sur un marché différent (celui de la vente de quotidiens sur lequel Bronner est actif).

¹³ CJCE, 26 novembre 1998, *Bronner et Mediaprint*, C-7/97, *Rec.*, I-7791 avec les remarquables conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS ; voy. P. TREACY, « Essential Facilities - Is the Tide Turning ? », *ECLR*, 1998, 501-505 ; J.B. BLAISE et L. IDOT, « Chronique : Concurrence », *R.T.D.E.*, 1999, p. 292, n° 120-122.

¹⁴ Points 4,6,8,16,23,24,25 de l'arrêt.

¹⁵ CJCE, 6 mars 1974, *Commercial Solvents/Commission*, 6/73 et 7/73, *Rec.*, p. 223.

7. Les conclusions de l'avocat général Jacobs. — Selon la doctrine des facilités essentielles, une entreprise qui détient de telles facilités n'est pas seulement tenue de s'abstenir de tout comportement anticoncurrentiel mais doit aussi promouvoir activement la concurrence en accordant à ses concurrents potentiels l'accès aux installations qu'il a développées¹⁶. Pour déterminer les conditions d'application de la théorie, l'avocat général s'est référé à la jurisprudence *Commercial Solvents* et *Télémarketing*, mais aussi aux affaires *United Brands*¹⁷, *GB-Inno-BM*¹⁸, *Volvo*¹⁹, *Magill*²⁰, *Tiercé Ladbroke*²¹. Il en déduit que selon la Cour, « une entreprise dominante commet un abus lorsqu'elle cesse, sans justification, ses fournitures de biens ou services à un client existant ou qu'elle élimine la concurrence sur un marché apparenté en liant des biens et services séparés. Il semble toutefois également qu'un abus puisse consister en un simple refus de concéder une licence lorsque ce refus empêche un nouveau produit d'entrer, sur un marché voisin, en concurrence avec le propre produit de l'entreprise dominante sur ce marché »²². De plus, Jacobs s'est inspiré de la jurisprudence américaine et notamment de l'affaire *MCI*²³. À cette occasion, la Cour d'appel compétente a considéré qu'une entreprise disposant d'un pouvoir monopolistique est tenue de passer contrat avec un concurrent lorsque cinq conditions sont remplies. « Premièrement, une installation essentielle est contrôlée par un monopoleur. Une installation sera considérée comme essentielle lorsque son accès est indispensable pour entrer en concurrence sur le marché avec la société qui contrôle celui-ci. (...) Deuxièmement, il est impossible à un opérateur, d'un point de vue pratique ou raisonnable, de reproduire l'installation essentielle. Le fait que la reproduction soit difficile ou coûteuse n'est pas suffisant, mais il n'est pas exigé qu'elle soit absolument impossible. Troisièmement, un concurrent se voit dénier l'usage de l'installation. Cette condition paraît comporter le refus de contracter à des conditions raisonnables. Quatrièmement, l'installation est de nature à pouvoir être mise à disposition.

¹⁶ Point 34 des conclusions.

¹⁷ CJCE, 14 février 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, *Rec.*, p. 207, plus spéc. pt 182.

¹⁸ CJCE, 13 décembre 1991, *GB-Inno-BM*, C-18/88, *Rec.*, p. I-5941.

¹⁹ CJCE, 5 octobre 1988, *Volvo AB/Erik Veng Ltd*, 238/87, *Rec.*, p. 6211.

²⁰ CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP/Commission*, C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743.

²¹ TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke/Commission*, T-504/93, *Rec.*, p. II-923.

²² Point 43 des conclusions.

²³ *MCI Communications/AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), 464 US 891 (1983). Il est intéressant de relever que dans cette décision, la Cour a considéré qu'un réseau local de télécommunications était une facilité essentielle car selon la technologie de l'époque, il n'était pas économiquement possible de dupliquer ce réseau, qui était un monopole naturel. La Cour a ordonné à son détenteur d'en donner l'accès sous forme d'interconnexion.

Cinquièmement, il n'existe pas de raison commerciale légitime de refuser l'accès à l'installation. Une société détenant une position dominante et contrôlant une installation essentielle peut justifier son refus de passer contrat pour des raisons techniques ou commerciales légitimes. Il est également possible de refuser de contracter pour des raisons d'efficacité »²⁴. L'éminent avocat général a aussi examiné les décisions de la Commission que nous avons évoquées pour en déduire que selon elle « refuser à un concurrent l'accès à une installation essentielle peut en soi constituer un abus, *même en l'absence d'autres facteurs*, tels que le fait de lier des ventes, de commettre une discrimination à l'encontre d'un autre concurrent indépendant, de cesser des livraisons à des clients existants ou d'agir sciemment en vue de porter atteinte à un concurrent »²⁵.

Ensuite, Jacobs a rappelé certains principes fondamentaux. En premier lieu, le choix des partenaires contractuels et la libre disposition de la propriété restent des droits universellement consacrés. En second lieu, toute immixtion dans la liberté de contracter dont jouit une entreprise en position dominante exige qu'il soit procédé à une balance des intérêts divergents. Si l'accès favorise la concurrence à court terme, la concurrence à long terme se développe davantage si le détenteur d'une facilité essentielle peut se la réserver car un droit d'accès n'incite guère les concurrents potentiels à développer leurs propres infrastructures et décourage l'entreprise dominante à investir dans des installations efficaces qu'ils doivent partager. Dès lors, il faudra faire preuve d'une attention particulière lorsque les installations pour lesquelles l'accès est demandé constituent le fruit d'un investissement substantiel²⁶. Ce qui peut être le cas, notamment, lorsque le refus de consentir une licence porte sur des droits de propriété intellectuelle²⁷⁻²⁸.

Enfin, l'avocat général a développé les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles. Premièrement, l'entreprise dominante doit disposer d'une véritable mainmise sur le marché apparenté. Il en sera ainsi lorsque, par exemple, il est impossible ou extrêmement difficile de reproduire

²⁴ Point 47 des conclusions.

²⁵ Point 50 des conclusions; c'est nous qui soulignons.

²⁶ Points 56, 57 et 62 des conclusions.

²⁷ Cf. Arrêt *Volvo*, précité, dans lequel la Cour a considéré qu'en l'absence d'autres facteurs, le refus de consentir une licence n'est pas abusif.

²⁸ Cf. Arrêt *Magill*, précité, l'obligation d'accorder une licence s'expliquait, notamment, par les raisons suivantes : les produits existants étaient inadaptés et l'exercice des droits d'auteur empêchait un nouveau produit plus adéquat d'apparaître sur le marché ; la protection par le droit d'auteur des grilles de programmes n'était pas justifiée par le souci de récompenser ou stimuler un effort créatif ; l'exercice des droits d'auteur constituait une entrave permanente à l'émergence d'un nouveau produit sur le marché (Point 63 des conclusions citées précédant l'arrêt *Bronner*).

l'installation, en raison de contraintes physiques, géographiques ou légales ou que cette reproduction n'est pas souhaitable pour des raisons d'ordre public. Il n'est pas suffisant que le contrôle qu'exerce l'entreprise sur l'installation lui confère un avantage dans la concurrence. Le coût engendré par la reproduction de l'installation doit être un obstacle insurmontable à l'accès au marché pour toute entreprise prudente et pas seulement pour l'entreprise demandant l'accès. En ce sens, le test doit présenter un caractère objectif. Cette situation pourrait notamment se présenter dans le cas où l'installation aurait été créée dans des conditions de non-concurrence, en partie grâce à des subventions publiques²⁹. On peut notamment penser aux réseaux de télécommunications, que nous évoquerons par la suite. Deuxièmement, il ne faut pas seulement se concentrer sur le marché en amont mais il faut aussi examiner la situation du marché en aval, qui seul intéresse le consommateur. En effet, l'objectif de l'article 82 du traité CE est d'empêcher les distorsions de concurrence et non de protéger la position d'un concurrent particulier. Dès lors, s'il y a une concurrence sur le marché aval, l'accès ne pourra être imposé³⁰. Enfin, le demandeur d'accès doit dédommager entièrement son fournisseur en lui permettant d'affecter une part appropriée de ses coûts d'investissement à la fourniture et de rentabiliser son investissement au regard du risque encouru³¹.

Ainsi, Jacobs conclut que Bronner « devait établir que le niveau d'investissement requis pour constituer un système national de portage à domicile serait de nature à dissuader un éditeur entreprenant, qui serait convaincu de l'existence d'un marché *pour un autre grand quotidien*, d'accéder au marché. On comprend qu'il soit non rentable, comme l'indique Bronner, d'établir un système national pour un journal de faible diffusion. À court terme, des pertes seraient ainsi prévisibles, exigeant un certain niveau d'investissement. Mais la constitution d'un réseau national concurrentiel de Médiaprint aurait pour objectif de lui permettre de concourir à armes égales avec les journaux de Médiaprint et d'accroître substantiellement la couverture géographique ainsi que la diffusion »³². Non seulement, Bronner ne rapporte pas une telle preuve mais, au contraire, il dispose de nombreuses solutions de remplacement dont la croissance spectaculaire des parts de marché du « Standard » est un indice. L'avocat général en conclut donc qu'il n'existe aucune obligation pour Médiaprint d'accorder à Bronner l'accès à son réseau national de portage à domicile. Si la Cour devait donner raison à Bronner, elle serait amenée à procéder à une réglementation détaillée des marchés

²⁹ Points 65 et 66 des conclusions.

³⁰ Points 58 à 60 des conclusions.

³¹ Point 64 des conclusions.

³² Point 68 des conclusions ; c'est nous qui soulignons.

communautaires qui serait non seulement impraticable mais également anticoncurrentielle à long terme³³.

8. La décision de la Cour. — La Cour a suivi les conclusions de son avocat général. Pour conclure à l'existence d'un abus, il faut non seulement que le refus d'accorder l'accès *soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité (du demandeur), en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile*³⁴. La Cour poursuit en soulignant que *pour démontrer que la création d'un tel système ne constitue pas une alternative potentielle réaliste et que l'accès au système existant est donc indispensable, il ne suffit pas de faire valoir qu'elle n'est pas économiquement rentable en raison du faible tirage du ou des quotidiens à distribuer. En effet, pour que cet accès puisse le cas échéant être considéré comme étant indispensable, il faudrait à tout le moins établir, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 68 de ses conclusions, qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant*³⁵. Sur cette base, la Cour de Justice a répondu à la question préjudicielle posée par la juridiction autrichienne que le refus d'accès ne constituait pas un abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE.

9. Critique de l'arrêt. — Dans ses conclusions, l'avocat général Jacobs, suivi par la Cour, indique comment la preuve de l'absence de substitut potentiel doit être rapportée : il faut démontrer qu'il n'est économiquement pas rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant³⁶. Cette dernière exigence apparaît exorbitante et sa preuve quasiment impossible à établir³⁷. En effet, le demandeur d'accès doit prouver que la reproduction de l'installation qu'il estime essentielle ne serait rentable

³³ Points 67 et 69 des conclusions.

³⁴ Point 41 de l'arrêt.

³⁵ Points 45 et 46 de l'arrêt.

³⁶ Point 68 des conclusions; point 46 de l'arrêt.

³⁷ De plus, elle semble être en contradiction avec le point 41 de l'arrêt qui se réfère au *demandeur du service* et non à un opérateur fictif ayant la même taille que le détenteur de la facilité essentielle. Nous pensons qu'il n'y a pas lieu de s'attarder sur cette apparente contradiction, la Cour s'étant sans doute inspirée au point 41 de la formulation de l'arrêt *Télémarketing*.

pour aucune autre entreprise fictive ayant des parts de marché identiques à celles du détenteur de la facilité. Cela demande une étude économique complexe montrant que cette entreprise fictive n'est pas rentable. La Cour a ainsi restreint à l'extrême l'application de la théorie des facilités essentielles car elle a tenté de concilier deux intérêts en conflits : s'il est plus favorable pour le développement de la concurrence à court terme sur le marché en aval de faciliter l'accès, cela est toutefois défavorable pour la concurrence à long terme sur le marché en amont.

10. Observations finales. — Ni l'avocat général, ni la Cour n'ont défini le marché concerné. Jacobs soulève la question de l'interchangeabilité entre le système de portage national à domicile avec des services de distribution locale ou régionale ou encore d'autres modes de distribution mais n'a pas examiné cette question en détail car il estimait que même en adoptant la définition la plus étroite du marché, c'est-à-dire limitée au système de portage de Mediaprint, aucune obligation d'accès ne devait être imposée³⁸. Quant à la Cour, elle laisse le soin à la juridiction de renvoi de déterminer le marché concerné³⁹.

1.2. Les décisions fondées sur l'article 81 du traité CE

11. Décisions de la Commission dans le secteur des télécommunications. — La Commission a accordé plusieurs exemptions à des accords entre entreprises moyennant la garantie de l'accès, à des conditions non discriminatoires pour les tiers, aux installations essentielles détenues par ces entreprises⁴⁰.

12. L'affaire *European Nights Services*. — Les compagnies de chemin de fer française, allemande, néerlandaise et britannique avaient conclu un accord pour créer l'entreprise commune *European Nights Services* (ENS) en vue

³⁸ Points 29 à 31 des conclusions.

³⁹ Points 33 et 34 de l'arrêt.

⁴⁰ Comm., 27 juillet 1994, BT-MCI, *JOCE*, L-223/36 ; Comm., 17 juillet 1996, Atlas, *JOCE*, L-239/23 ; Comm., 17 juillet 1996, Phoenix-Global One, *JOCE*, L-239/57 ; Comm., 29 octobre 1997, Unisource, *JOCE*, L-318/1 ; Comm., 29 octobre 1997, Uniworld, *JOCE*, L-318/24. Exemple de l'une des conditions d'une exemption : Deutsche Telekom et France Télécom ne pouvaient accorder aux entités créées en vertu des accords *Atlas* des conditions différentes de celles offertes aux autres prestataires de services analogues, ni d'exemptions aux restrictions d'usage qui leur permettaient de proposer des services que leurs concurrents n'ont pas le droit d'offrir. Des possibilités d'interconnexion à des conditions non-discriminatoires ont également été imposées par la Commission.

d'exploiter des services ferroviaires de nuit pour le transport de voyageurs entre la Grande-Bretagne et le continent par le tunnel sous la Manche.

La Commission⁴¹ avait considéré que cet accord était restrictif de concurrence mais avait accordé une exemption pour une durée de huit années sous conditions. Les entreprises fondatrices devaient fournir, dans des conditions non discriminatoires par rapport à ENS, à tout opérateur souhaitant exploiter des trains de nuit de passagers empruntant le tunnel sous la Manche, les services ferroviaires indispensables qu'elles s'étaient engagées à fournir à ENS, à savoir les locomotives spéciales⁴² et ses équipages et les sillons horaires sur chaque réseau national et dans le tunnel sous la Manche.

Le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes⁴³ a annulé la décision de la Commission au motif qu'elle n'avait pas démontré à suffisance que les accords notifiés étaient restrictifs de concurrence au sens de l'article 81 du traité CE, et partant, qu'ils devaient être exemptés⁴⁴. Néanmoins, à titre subsidiaire, au cas où il faudrait estimer qu'il y avait une restriction de concurrence, le Tribunal a examiné si la condition de fourniture aux tiers des locomotives et des sillons horaires, considérés comme des facilités essentielles, faisait une juste application de l'article 81 §3. À cette occasion, il a défini les facilités essentielles en estimant qu'*une entreprise ne saurait être considérée comme étant en possession d'infrastructures, de produits ou de services « indispensables » ou « essentiels » pour l'accès au marché pertinent que (s'ils) ne sont pas « interchangeables » et que, en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels (...) qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché*⁴⁵. Appliquant ces principes, le Tribunal a estimé que les sillons horaires ne pouvaient être une facilité essentielle mais pour des motifs propres au droit communautaire des transports ferroviaires qui n'a pas encore totalement libéralisé l'accès aux infrastructures. Les locomotives ne sont pas davantage qualifiées de facilités essentielles car d'une part, la part de ENS sur le marché aval était très faible et d'autre part, il n'était pas démontré que les tiers n'avaient pas d'autres alternatives⁴⁶.

⁴¹ Comm., 21 septembre 1994, *European Night Services*, JOCE, 7 octobre 1994, L-259/20.

⁴² Les locomotives étaient surbaissées et susceptibles d'être utilisées sur les réseaux britanniques et continentaux qui utilisent des tensions électriques différentes.

⁴³ TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services e.a./Commission*, aff. jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec.*, p. II-3141.

⁴⁴ Voy. l'examen des deux premiers moyens : points 82 à 189 de l'arrêt.

⁴⁵ Point 209 de l'arrêt.

⁴⁶ Points 211 à 221 de l'arrêt.

1.3. Les facilités essentielles: une autre forme d'abus de position dominante ?

13. Introduction. — La théorie des facilités essentielles est caractérisée par l'analyse de deux marchés distincts. Le marché en amont est celui de l'infrastructure, qui peut être un bien matériel ou immatériel. Il est généralement en monopole pour des raisons économiques (monopole naturel) ou réglementaires (monopole légal). Le marché en aval est celui du bien ou service final qui seul intéresse le consommateur. Sa production requiert un accès à l'infrastructure. L'objectif de la théorie des facilités essentielles est de limiter au maximum les effets négatifs du monopole, et donc de le limiter au marché en amont où il est inévitable⁴⁷. Pour empêcher le détenteur de la facilité essentielle de se servir de son monopole sur le marché en aval, le droit de la concurrence lui impose de donner l'accès à son infrastructure.

14. Conditions d'application. — Sur chacun des deux marchés, une condition est requise pour se prévaloir de la théorie. Sur le marché en amont, l'infrastructure doit être essentielle pour accéder au marché en aval. Cela implique deux exigences cumulatives. D'une part, il ne peut exister aucun substitut réel à l'infrastructure : il n'y pas d'alternative existante, fût-elle même moins favorable, pour pénétrer le marché aval. D'autre part, il ne peut y avoir de substitut potentiel : il n'est pas possible de construire une nouvelle infrastructure dans des conditions raisonnables. Cette impossibilité peut être due à des raisons techniques, financières ou d'intérêt général comme la protection de l'environnement et peut évoluer avec le temps. Pour évaluer s'il est économiquement raisonnable d'établir une nouvelle installation, le juge ne pourra se baser sur les caractéristiques propres du demandeur d'accès mais il devra le faire sur base de celles d'une entreprise abstraite et fictive ayant les mêmes parts de marché sur le marché aval que le détenteur de la facilité⁴⁸.

Sur le marché en aval, la concurrence doit être absente ou insignifiante. En effet, seul ce marché intéresse le consommateur, dont la protection est l'objectif ultime du droit anti-trust et le marché amont n'est régulé que suite à ses effets sur le marché aval. On comprend donc que si ce dernier est en

⁴⁷ Certains ont critiqué cet objectif en soutenant qu'il ne pouvait exister qu'un seul profit de monopole, peu importe sur quel marché il intervenait ou que les coûts de transaction de la réglementation surpassaient ses bénéfices.

⁴⁸ Ce critère très restrictif fut utilisé dans l'arrêt *Bronner*. Avant cette décision, la doctrine semblait se contenter du standard de l'opérateur abstrait raisonnablement efficace, sans exiger qu'il ait la même taille que le détenteur de la facilité. L'important était d'utiliser un test objectif qui ne tenait pas compte des caractéristiques du demandeur d'accès car le droit communautaire protège la concurrence et non un concurrent particulier. Voy. entre autres J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 285, n° IV-C.

concurrence, les autorités ne doivent pas intervenir. À première vue, cette condition sera toujours remplie si la facilité est essentielle et son accès est refusé. En effet, s'il n'y a qu'un seul moyen d'accéder au marché aval et qu'il est refusé, il semble logique qu'il n'y ait pas de concurrence sur ce marché. Les deux conditions coïncideraient donc. Pourtant, il faut être plus nuancé dans l'hypothèse où le marché aval se compose de plusieurs biens. Si on admet qu'une infrastructure peut être qualifiée d'essentielle même si elle n'est indispensable que pour la production d'un bien ou service particulier, alors les deux conditions ne se recouvrent pas. On peut imaginer un marché aval qui comprend plusieurs biens interchangeables dont la production de l'un nécessite l'accès à une infrastructure monopolistique mais pas la production des autres. L'infrastructure est essentielle et pourtant le marché aval sera en concurrence, et partant, il n'y aura pas d'obligation d'accès⁴⁹. Par contre, si on considère qu'une installation ne peut être essentielle que si elle est indispensable pour la production de l'ensemble des biens du marché aval, alors les deux conditions se recouvrent⁵⁰⁻⁵¹.

15. Obligations imposées. — Si une entreprise détient une facilité essentielle et qu'il n'y a pas de concurrence sur le marché du bien final, elle devra se comporter comme un opérateur indépendant⁵² qui ne serait pas actif sur le marché aval. Elle devra accorder l'accès⁵³ à l'infrastructure dans des conditions raisonnables, c'est-à-dire proches des coûts, et non discriminatoires, même par rapport à ses propres entités. L'accès devra être accordé aux anciens clients mais aussi à de nouveaux entrants⁵⁴. Elle a aussi des obligations d'informations et de consultations des clients actuels et potentiels⁵⁵. Seules des raisons objectives, techniques, économiques ou d'intérêt général pourront justifier un refus d'accès. La contrainte de capacité

⁴⁹ En ce sens, voy. les points 58 à 60 des conclusions déjà citées de l'avocat général Jacobs précédant l'arrêt *Bronner*; J.B. BLAISE et L. IDOT, *op. cit.*, n° 122.

⁵⁰ Cette position nous semble plus conforme à la définition d'une facilité essentielle. En ce sens : J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 287, n° IV-E.

⁵¹ La question de savoir si l'intégration verticale du détenteur de la facilité, c'est-à-dire sa présence sur le marché amont et aval, est une condition d'application supplémentaire de la théorie est controversée. Pour une réponse affirmative, voy. L. IDOT (*op. cit.*, n° 18). En sens contraire, J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 274 ; Communication sur les accords d'accès et les arrêts *United Brands* et *Tiercé Ladbroke* déjà cités.

⁵² J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 277, n° III.

⁵³ L'obligation d'accès ne peut être imposée que pour une durée limitée, le temps au nouvel entrant de s'installer sur le marché puis de construire sa propre infrastructure. Voy. J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 297, n° IV-Q.

⁵⁴ J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 289, n° IV-H.

⁵⁵ J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 291, n° IV-J.

ne peut justifier qu'un refus d'accès limité dans le temps, surtout si la capacité est utilisée exclusivement par le détenteur de l'installation⁵⁶.

16. Relations entre la théorie des facilités essentielles et l'article 82 du traité CE. — Les deux approches sont différentes. Alors que la théorie des facilités essentielles se focalise sur ses deux conditions d'application et principalement sur la première qui consiste à déterminer si l'installation est indispensable, l'article 82 procède en trois étapes : définition du marché, qualification d'une position dominante éventuelle et détermination d'un abus. Pourtant, la théorie des facilités essentielles garde son fondement principal dans l'article 82 même si elle entraîne une position dominante bien particulière. La condition d'absence de substitut réel à l'infrastructure s'apparente à la définition du marché et on observe que le recours à la théorie permet de limiter ce marché à la seule facilité essentielle⁵⁷. S'il n'y a pas de substitut ni réel ni potentiel à l'infrastructure, la position dominante de son détenteur est extrêmement forte puisqu'il n'est soumis à aucune concurrence, ni effective, ni même potentielle. Pour cette raison, la théorie impose de nouvelles obligations qui n'existeraient pas en cas de position dominante « classique » et ne se contente pas de renforcer les obligations existantes. En d'autres termes, elle crée de nouvelles catégories d'abus⁵⁸. Par exemple, le détenteur de la facilité ne se voit pas seulement interdire de supprimer l'accès à des clients existants mais il doit aussi l'accorder à des entreprises avec lesquelles il n'avait aucune relation préalable ; la condition de non-discrimination s'apprécie non seulement par rapport aux tiers mais aussi par rapport à ses propres branches en aval. La théorie nous semble également impliquer un certain renversement de la charge de la preuve qui pèse en principe sur le demandeur de l'accès à la facilité⁵⁹ : dès lors qu'il est établi que le défendeur détient une facilité essentielle, il appartient à ce dernier de démontrer qu'il existe des raisons objectives et légitimes qui justifient son refus d'accorder l'accès. L'abus ne doit plus être prouvé par le demandeur.

17. Observations finales. — Pour terminer, soulignons que l'application de la théorie des facilités essentielles doit rester exceptionnelle. Le droit de propriété reste un des fondements de notre économie et le droit anti-trust protège la concurrence au bénéfice des consommateurs et non des concurrents

⁵⁶ J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 288, n° IV-F.

⁵⁷ T. COWEN, *op. cit.*, p. 235; L. IDOT, *op. cit.*, n° 13.

⁵⁸ J. KALLAUGHER et S.B. VOLCKER, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁹ E. VEGIS, *op. cit.*, n° 23.

particuliers incapables d'entrer sur un marché suite à leur inefficacité. La théorie doit réaliser un délicat équilibre entre la concurrence sur le marché des services et la concurrence sur le marché des infrastructures. Son application doit rester d'autant plus exceptionnelle qu'elle mène le juge à une difficile régulation des relations d'affaires. Après avoir imposé l'accès, il doit encore en régir les modalités. Ce sont des questions complexes, souvent esquivées par la doctrine.

II. L'ACCÈS AUX RESSOURCES DES OPÉRATEURS HISTORIQUES EN DROIT DE LA CONCURRENCE : UNE APPLICATION DE LA THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES

18. Introduction. — L'application de la théorie des facilités essentielles est particulièrement importante dans les industries de réseaux et dans les secteurs nouvellement libéralisés. Il est donc normal que la théorie joue un rôle crucial dans le secteur des télécommunications. Nous avons d'ailleurs déjà relevé plusieurs accords entre opérateurs dont les conditions d'exemption accordées par la Commission sur base de l'article 81, §3 du traité CE faisaient une application, à tout le moins implicite, des facilités essentielles. D'abord, nous étudierons la Communication de la Commission du 31 mars 1998 relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications. Ensuite, nous évoquerons un exemple où la théorie des facilités essentielles peut être invoquée par les nouveaux entrants face aux opérateurs présents qui leur refuseraient d'accorder un accès.

II.1. La Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès^{60 61}

19. Objet et limites de la Communication. — La Communication vise, dans un souci de sécurité juridique, à préciser les vues de la Commission sur l'application des règles et des procédures de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications (point 1).

La Communication ne s'applique pas seulement aux télécommunications acheminées par les réseaux fixes classiques, mais vise plus généralement tous les services de télécommunications, y compris les communications par satellite et mobile (point 5).

Elle ne porte pas atteinte à l'interprétation des règles de concurrence que pourrait donner le Tribunal ou la Cour de Justice (point 9). Cette limite, qui découle logiquement de la séparation des pouvoirs, est importante puisque la Cour semble adopter une vision plus restrictive que la Commission de la théorie des facilités essentielles. Dès lors, il serait possible qu'une obligation d'accès imposée par la Commission, en suivant les principes de la Communication, soit annulée par les juridictions européennes.

20. Définition du marché en cause. — La Commission se réfère à sa Communication de 1997⁶² (point 39) sur ce sujet qui définit le marché comme le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises ou, en d'autres termes, le périmètre au sein duquel le comportement des entreprises est discipliné par des pressions concurrentielles.

Généralement le marché des produits se définit comme « les produits et/ou les services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage

⁶⁰ Communication de la Commission du 31 mars 1998 relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *JOCE*, 22 août 1998, C-265/2 ; voy. aussi les deux études réalisées pour la DG IV de la Commission en vue de la rédaction de cette communication : COUDERT BROTHERS, *Competition Aspects of Interconnection Agreements in the Telecommunications Sector*, 1995 ; WILMER, CULTLER & PICKERING, *Competition Aspects of Access by Services Providers to the Resources of Telecommunications Operators*, 1995.

⁶¹ K. COATES, « Commission Notice on the Application of the Competition Rules to the Access Agreements in the Telecommunications Sector », *Competition Policy Newsletter*, 1998/2, p. 45-47 ; M. BRODEY & S. POLSTER, « Interconnection and competition », in UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Droit des télécommunications, des technologies de l'information et du multimedia : Vers un cadre commun*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 29-40.

⁶² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE*, 9 décembre 1997, C-372/5, spécialement point 2 qui est un résumé des tests existants utilisés par la Commission et la Cour de Justice.

auquel ils sont destinés »⁶³. En télécommunications, la Commission distingue (point 45) d'une part le marché des services (exemple : le service de téléphonie vocale) et d'autre part le marché de l'accès aux infrastructures nécessaires pour mettre ces services à la disposition des utilisateurs (exemple : le réseau physique, les informations contenues dans les annuaires)⁶⁴. La Commission ne va pas au-delà de cette distinction de base car toute tentative de définir les marchés de produits particuliers risquerait de devenir rapidement imprécise et inutile, vu le rythme des progrès technologiques dans ce secteur (point 47). Dans chaque cas individuel, elle devra déterminer le marché en tenant compte de divers facteurs comme l'étendue du réseau ou ses caractéristiques techniques. Ainsi, elle pourrait estimer que la boucle locale (*local loop*) et l'épine dorsale (*backbone network*) d'un réseau constituent deux marchés distincts^{65 66}.

Quant au marché géographique, il est défini comme le territoire au sein duquel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes⁶⁷ et partant, où les entreprises peuvent réellement se faire concurrence. En télécommunications, la Commission examinera les possibilités qu'ont les prestataires de service d'avoir accès à un utilisateur final en n'importe quel point du territoire dans des conditions analogues et tiendra compte des dispositions réglementaires comme par exemple les conditions des licences (point 55). Il est possible qu'elle identifie un marché géographique couvrant le territoire de plusieurs États membres si les conditions de licence et les autres conditions de concurrence sont suffisamment homogènes⁶⁸.

21. L'article 82 du traité CE – La position dominante. — Elle se caractérise par « une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle à l'apparition ou au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des

⁶³ Section 6 du Formulaire A/B, *JOCE*, 1985, L-240/3.

⁶⁴ Cette distinction est critiquée par M. NAFTEL, « Competition, Not Competitors : Promoting Consumer Welfare in European Telecommunications Markets », *IBC Conference*, Brussels, 1998, p.18. Il estime qu'il est artificiel de séparer un produit de ses moyens de production : « pour des produits tels que les services de télécommunications, l'infrastructure peut elle-même constituer une partie du produit ».

⁶⁵ M. BRODEY et S. POLSTER, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁶ Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, *JOCE*, 6 septembre 1991, C-233/2, pt 26-27.

⁶⁷ Section 6 du Formulaire A/B, *JOCE*, 1985, L-240/3.

⁶⁸ M. BRODEY et S. POLSTER, *op. cit.*, p. 33.

consommateurs »⁶⁹. La position se déduira principalement de parts de marché importantes, supérieures à 50% (point 73), mais aussi éventuellement d'autres facteurs connexes tels que des privilèges réglementaires (point 75).

L'application de ces principes aux télécommunications ne devrait pas poser de problème pour le marché des services (point 70). Par contre, cela sera plus complexe pour le marché de l'accès aux infrastructures. Pour déterminer les parts d'activité de ce marché, il faudra préalablement isoler les activités réseau des autres activités de service (point 71). Outre les parts de marché, l'importance de la couverture du réseau devra aussi être prise en compte (point 72). Ainsi un opérateur ayant un réseau fort étendu pourra être considéré comme bénéficiant d'une position dominante, même si ses parts d'activité sur le marché de l'accès au réseau sont relativement faibles.

La Communication envisage aussi la possibilité d'une position dominante collective (point 76). Elle donne l'exemple du marché de l'accès à la boucle locale qui pourrait être contrôlée par deux entreprises, l'opérateur des télécommunications et un câblo-opérateur. Il se pourrait qu'aucune d'entre elles n'occupe une position dominante, mais qu'ensemble elles détiennent un monopole collectif (point 80).

Enfin, la Communication précise que lorsqu'un opérateur détient des facilités essentielles c'est-à-dire « des installations ou des infrastructures indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables », cet opérateur occupe une position dominante. Elle ajoute qu'une entreprise peut exercer une position dominante sans pour autant contrôler des facilités essentielles (point 68-69)⁷⁰. Nous ne pouvons que souscrire à cette présentation qui correspond à l'articulation entre la théorie des facilités essentielles et l'article 82 du traité CE que nous avons proposée : la détention d'une facilité essentielle est une forme, assez particulière et assez risquée pour la concurrence, de position dominante.

22. Suite – L'abus de position dominante suite à un refus d'accès. — La Commission envisage trois scénarios que nous avons classés par ordre de gravité.

⁶⁹ CJCE, 14 février 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, *Rec.*, p. 207, pt 65 ; Voy. aussi CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, *Rec.*, p. 3461.

⁷⁰ La communication reprend aussi en sa note 55 la définition contenue dans « Additional commitment on regulatory principles by the European Communities and their Members States » adoptée dans le cadre de l'OMC : « L'expression 'installations essentielles' désigne les installations d'un réseau ou d'un service public de télécommunications : (a) qui sont fournies exclusivement ou essentiellement par un seul fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs et (b) qu'il n'est pas possible, d'un point de vue économique ou technique, de remplacer pour fournir le service ».

Le plus grave consiste à retirer un accès qui avait été accordé. Par analogie à la jurisprudence *Commercial Solvents*⁷¹, la Commission estime que « le fait de retirer l'accès à un client constituera normalement un abus » (point 100). Bien sûr, des justifications pourront être invoquées, pour autant qu'elles soient objectives et proportionnées.

Le scénario intermédiaire consiste à refuser l'accès alors qu'il a été accordé à d'autres opérateurs. Un tel refus discriminatoire serait abusif (point 85), à moins qu'il ne soit justifié objectivement. Une entreprise en position dominante a donc l'obligation d'accorder l'accès à des conditions non moins favorables à celles qui ont été accordées à des tiers, y compris les propres branches en aval de la dite entreprise (point 86).

Le scénario le moins grave consiste à refuser l'accès alors qu'il n'a été accordé à aucun autre opérateur. Le refus peut notamment prendre la forme de retards injustifiés⁷², d'offrir une configuration technique qui n'est pas la plus favorable ou de demander un prix d'accès excessif. Moyennant le respect de certaines conditions, la Commission estime que l'opérateur devra accorder l'accès alors même, rappelons-le, qu'il ne l'accorde à personne d'autre. L'obligation est donc plus poussée que dans les deux premiers scénarios.

Les conditions sont au nombre de cinq mais nous en avons regroupé deux. Premièrement, il faut que le refus d'accès rende l'activité sur le marché connexe non pas seulement difficile, mais véritablement impossible ou gravement contraire à la logique économique (point 91a). Il ne suffira pas de démontrer qu'un seul concurrent doit avoir accès à l'infrastructure pour opérer sur le marché aval, il faudra démontrer que l'accès est obligatoire à tous, sauf pour les concurrents exceptionnels (note 67). Deuxièmement, l'entreprise propriétaire de l'infrastructure empêche la création de nouveaux produits ou entrave la concurrence sur un marché de produits potentiel ou existant (point 91c). Troisièmement, il faut que l'entreprise qui sollicite l'accès soit disposée à payer une redevance raisonnable et non discriminatoire (point 91d). Enfin, il ne doit pas y avoir de raisons objectives de refuser l'accès (point 91e), comme par exemple une capacité disponible insuffisante (point 91b)⁷³ ou la nécessité pour le propriétaire de l'infrastructure, qui a réalisé des investissements en vue du lancement d'un nouveau produit, de bénéficier d'un délai suffisant pour

⁷¹ CJCE, 6 mars 1974, *Commercial Solvents/Commission*, 6/73 et 7/73, *Rec.*, p. 223.

⁷² Le point 95 de la Communication énonce que « des retards indus et inexplicables ou injustifiés dans la réponse à une demande d'accès peuvent constituer un abus ». On retrouve ici le standard de l'opérateur indépendant que doit respecter le détenteur d'une facilité essentielle.

⁷³ Comme le soulignent KALLAUGHER et VOLCKER (*op. cit.*, note 48), cela contraste avec la décision *Port de Rodby* déjà citée où la Commission a suggéré qu'un rationnement pouvait être imposé si la capacité de l'infrastructure était totalement utilisée ; voy. *supra* n° 15.

utiliser son infrastructure afin de mettre sur le marché ce nouveau produit. On retrouve ici les conditions de la théorie des facilités essentielles mais de manière moins précise que dans l'arrêt *Bronner*. En effet, la note 67 de la Communication ne précise pas qu'il faille apprécier le caractère essentiel par rapport à un opérateur abstrait qui aurait *la même taille* que celui qui possède le réseau comme le soulignait la Cour de Justice. Faut-il transposer ce critère aux accords d'accès ? En principe, la réponse est affirmative puisque la note 67 laisse la question ouverte et surtout, la jurisprudence de la Cour prime sur la Communication. Toutefois, comme nous l'avons souligné, ce critère nous paraît trop restrictif, particulièrement en télécommunications où l'évolution technologique est rapide et où la plupart des infrastructures ont été mises en place dans un contexte de monopole⁷⁴. Nous pensons que les nouveaux entrants pourraient invoquer dans ce secteur un critère moins strict.

On constate que l'opérateur détenant une facilité essentielle a des obligations d'accès particulièrement lourdes ou en d'autres termes, les abus possibles sont fort larges. Ces opérateurs sont aussi soumis aux obligations découlant des deux premiers scénarios à savoir l'interdiction d'un retrait abusif ou d'une discrimination. Par contre, les opérateurs qui ont une position dominante sans détenir une ressource essentielle ne sont soumis qu'aux obligations des deux premiers scénarios. On retrouve ici la présentation que nous avons proposée : la détention d'une facilité essentielle crée une position dominante particulièrement forte qui élargit la gamme des abus.

23. Suite – L'abus de position dominante suite aux modalités de l'accès. — La Commission considère comme abusif de configurer sans justification le réseau de manière qui rend objectivement l'accès plus difficile (point 102). Elle condamnera aussi la pratique des services liés (point 103).

La Commission sera particulièrement attentive à la tarification et condamnera les prix excessifs, les prix d'éviction et les pratiques de l'amenuisement des marges bénéficiaires. Un prix est excessif s'il excède exagérément les coûts réels (point 107). Comme la détermination de ces coûts n'est pas aisée, la comparaison avec d'autres territoires géographiques permettra aussi de détecter un prix excessif (point 109). Pour la détermination du prix d'éviction, la Commission appliquera la jurisprudence *Akzo*⁷⁵ en

⁷⁴ Selon la jurisprudence de l'arrêt *Bronner*, il faut analyser si le financement de l'alternative est supportable pour un opérateur de taille similaire à celui qui possède l'infrastructure. Néanmoins, en télécommunications, ce critère pourrait s'avérer trop restrictif. Voy. aussi le point 66 des conclusions déjà citées de l'avocat général JACOBS précédant l'arrêt *Bronner* selon lequel le test peut être moins strict si l'installation a été créée dans des conditions de non-concurrence.

⁷⁵ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo/Commission*, C-62/86, *Rec.*, I-3359, pt 71.

l'adaptant pour tenir compte des importants coûts fixes qui caractérisent le secteur des télécommunications. Un prix sera prédatore s'il est inférieur à la moyenne, sur une durée supérieure à un an, des coûts marginaux totaux du service (point 115). L'amenuisement des marges bénéficiaires sera considéré comme abusif si la marge entre le prix d'accès au réseau et le prix que l'opérateur de réseau applique sur le marché des services est insuffisante pour permettre à un prestataire de services raisonnablement efficace d'y réaliser un bénéfice normal (point 118).

Enfin, la Commission s'attaquera à toute pratique discriminatoire qui aurait pour effet de restreindre la concurrence à moins qu'elle ne soit justifiée objectivement (point 120). La discrimination peut concerner des aspects tels que la tarification, les délais, l'accès technique, l'acheminement, la numérotation, des restrictions à l'utilisation du réseau allant au-delà des exigences essentielles et l'utilisation de données concernant les réseaux de clients (point 125).

24. L'article 81 du traité CE. — La Communication précise que les accords d'accès peuvent avoir d'importants effets positifs pour la concurrence car ils améliorent l'accès au marché en aval (point 133). Néanmoins il est possible qu'ils aient des effets anticoncurrentiels de deux ordres (point 134). D'une part les accords peuvent servir à coordonner le comportement des parties, et partant, réduire la concurrence qu'elles pourraient se livrer entre elles. Les parties peuvent s'accorder sur les prix, se répartir les marchés ou utiliser à des fins stratégiques les informations nécessaires pour permettre l'accès. D'autre part, les accords peuvent exclure l'accès des tiers, et partant, réduire la concurrence venant de l'extérieur.

25. Conclusion. — Comme son intitulé l'indique, la Communication de mars 1998 étudie l'application de tout le droit de la concurrence à un problème particulier des télécommunications : les accords d'accès. Elle traite donc notamment, mais pas exclusivement, de l'application de la théorie des facilités essentielles. Sur cette théorie, la Commission adopte une position moins précise en laissant la possibilité d'une approche moins restrictive que la Cour de Justice dans son arrêt *Bronner*. En outre, il nous semble que la Communication aurait pu présenter la détention d'une ressource essentielle comme un cas particulier de position dominante qui entraîne une gamme d'abus particulièrement large. C'est bien la position adoptée implicitement par la Commission, mais il aurait été souhaitable que cela apparaisse plus clairement.

II.2. Exemples de facilités essentielles en télécommunications

26. Facilités essentielles en télécommunications. — Parmi les ressources détenues par les opérateurs historiques, plusieurs pourraient éventuellement être considérées comme des facilités essentielles : les systèmes de facturation, les informations sur les abonnés, les droits de passage. Pour ne pas allonger l'étude, nous nous concentrerons sur une seule ressource : le réseau et plus précisément une partie de celui-ci, la boucle locale ou les derniers mètres vers le client. Il n'existe pas de définition légale de la boucle locale mais elle est généralement comprise comme la partie du réseau de télécommunications bi-directionnel qui permet la communication entre un client et le cœur du réseau fournissant les fonctions de commutation et de connexion. Elle s'étend du point de terminaison du réseau au site du client jusqu'au commutateur local⁷⁶. Pour déterminer si la boucle locale est une facilité essentielle, il faut aborder successivement les deux questions classiques : d'abord, la définition du marché de la facilité, qui est le marché en amont et ensuite, l'existence de substitut réel ou potentiel à la boucle locale sur ce marché et le degré de concurrence sur le marché en aval.

27. Facilité essentielle et boucle locale – Délimitation du marché en amont. — Certains soutiennent que chaque boucle locale constitue un marché à part entière puisque pour chaque abonné, la paire de fils de cuivre arrivant chez lui n'est pas interchangeable avec celle d'un autre, fût-il son voisin. Selon d'autres⁷⁷, la délimitation géographique du marché doit être plus large car les opérateurs ne peuvent pas jouir de pouvoir de marché par le contrôle d'une seule boucle locale.

28. Suite – Existence de substituts réels ou potentiels à la boucle locale⁷⁸. — Il faut évaluer s'il est économiquement viable pour les nouveaux entrants qui veulent offrir des services de télécommunications de développer leurs propres réseaux, avec fils ou sans fils, en utilisant des technologies

⁷⁶ OVUM (D. LEWIN & J. MATTHEWS), *Access Networks and Regulatory Measures*, Report for DG XIII of the European Commission, 1998, p. 20, disponible sur le site : <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy>.

⁷⁷ En ce sens : OVUM (D. LEWIN et D. ROGERSON), *A review of the Interconnect Directive : Initials proposals for discussion*, June 1999, p. 27, disponible sur le site <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy>; OFTEL, *Guidelines on Interconnection and Interoperability*, July 1999, n° 2.10, disponible sur le site web d'Oftel.

⁷⁸ Voy. OVUM, *Access Networks and Regulatory Measures*, *op. cit.*, p. 40-55 ; J. CAS, « Alternative Local Loop Technologies : Impact on Regulation and Competition », *Communications et Stratégies*, 1999/2, 45-56.

traditionnelles ou nouvelles. La réponse à cette question variera suivant l'évolution des technologies et selon le type de régions.

L'entrant pourrait construire son propre réseau filiaire, en fibre optique par exemple. Mais cette solution implique des investissements initiaux considérables alors que le nombre d'abonnés est encore incertain. Elle n'apparaît donc pas raisonnable économiquement, sauf dans certains endroits où la demande en services de télécommunication est importante et concentrée comme dans les centres d'affaire. Le nouvel entrant pourrait aussi utiliser les câbles de télévision, soit en plaçant de nouveaux qui permettent une communication bi-directionnelle, soit en améliorant les câbles existants pour permettre une telle communication. La première alternative a été tentée en Grande-Bretagne mais n'a pas rempli toutes ses promesses vu les importants investissements initiaux qu'elle implique. La seconde ne pourra être un substitut à la boucle locale que dans les pays où la couverture du câble est déjà importante et s'il n'est pas dans les mains des opérateurs de télécommunications. Au sein de l'Union européenne, seuls la Belgique et les Pays-Bas remplissent ces conditions. L'entrant pourrait enfin se servir du réseau électrique dont la couverture est totale pour offrir ses services. Si cette voie est promise à un bel avenir, elle n'est pas encore une alternative crédible aux réseaux classiques vu ses nombreuses limites : manque de fiabilité, incertitude sur les radiations électromagnétiques et limite de capacité.

S'il apparaît donc qu'aucun autre réseau filiaire ne peut menacer les réseaux des opérateurs historiques, les entrants pourraient construire un réseau sans fils dont la structure de coût leur est plus favorable : investissements initiaux moins importants et coûts dépendant plus de la quantité de trafic que du nombre d'abonnés. Ils pourraient mettre sur pied de telles infrastructures pour connecter les combinés fixes de leurs abonnés (*wireless local loop*). On distingue alors les réseaux à bande étroite et ceux à bande large. Les premiers peuvent s'avérer intéressants pour les pays du tiers monde et les régions à faible densité de population mais n'ont que peu d'avenir dans les pays européens car ils n'offrent ni la mobilité des réseaux cellulaires ni les capacités des réseaux filiaires. Les seconds sont plus prometteurs mais n'en sont qu'à leur début. La technologie *wireless* n'est donc à ce jour pas substituable à la boucle locale. Les nouveaux entrants pourraient aussi construire des réseaux sans fils pour connecter les combinés mobiles de leurs clients (*cellular mobile network*). C'est la seule alternative au réseau classique qui, à l'heure actuelle, est rentable. Néanmoins, vu les différences sensibles, notamment des prix, entre la téléphonie fixe et mobile, on peut encore considérer que ces marchés sont distincts et partant, que leurs réseaux ne sont

pas substituables⁷⁹. Enfin, les liaisons par des satellites tant géostationnaires que sur orbite ne peuvent être des substituts à la boucle locale vu leurs prix et leurs capacités limitées.

Il apparaît donc qu'actuellement, aucune technologie alternative ne constitue un substitut réel ou potentiel à la boucle locale. C'est d'ailleurs la position retenue par la Commission dans sa Communication de mars 1998 (point 91a), même si elle souligne à de nombreuses reprises que les progrès technologiques permettront à terme aux infrastructures alternatives de constituer un substitut valable au réseau public fixe (points 16, 53, 80, 91a).

29. Suite - Degré de concurrence sur le marché en aval. — Il semble qu'il n'y pas de concurrence effective sur les marchés des services locaux de télécommunications. Pour ceux-ci, le consommateur doit toujours s'adresser aux opérateurs historiques. Dans les pays dont les marchés ont été libéralisés depuis quelques années, ces opérateurs ont perdu moins de 1% du marché des services locaux alors qu'ils perdaient entre 10 et 30% sur les marchés des services longues distances et internationaux^{80 81}.

Nous pensons donc qu'à l'heure actuelle, la boucle locale pourrait être considérée comme une facilité essentielle dans la plupart des pays de l'Union européenne⁸². C'est d'ailleurs la position retenue par le régulateur canadien⁸³. Néanmoins, cette conception est contestée par certains. Déjà en 1996, Cowen⁸⁴ estimait qu'au Royaume-Uni, la construction de boucles locales alternatives était économiquement faisable, notamment en utilisant les câbles TV. Il ajoutait que si la boucle locale était une facilité essentielle, il était sans intérêt de la libéraliser puisque aucune entrée n'était rationnelle dans ce marché sous monopole naturel. Toutefois, on peut lui rétorquer que

⁷⁹ Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, pt 121 ; sur l'évolution future du mobile et ses implications réglementaires, voy. ANALYSIS and SQUIRE, SANDERS et DEMPSEY, *Consumer Demand for Telecommunications Services and the Implications of the Convergence of Fixed and Mobile Networks for the Regulatory Framework for a Liberalised EU Market*, Discussion document for EC-DGXIII, June 1999, disponible sur le site <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy>.

⁸⁰ OVUM, *Access Networks and Regulatory Measures*, *op. cit.*, p. 22, Fig. 2.3.

⁸¹ Selon CAS (*op. cit.*, p. 56), il faudrait distinguer entre le marché de la voix où une concurrence effective existe vu le succès du mobile et les perspectives du câble TV dans certains pays et celui des services à large bande qui ne connaissent pas de concurrence.

⁸² Nous sommes plus nuancés dans des pays comme la Belgique ou les Pays-Bas où le câble TV semble être une alternative viable à la boucle locale.

⁸³ CRTC, Décision Télécom 97-8 de mai 1997 : le CRTC estime que la boucle locale est une facilité essentielle et il impose d'en donner l'accès sans limite de temps dans les régions à faible densité de population et pour une période de cinq ans dans les régions à forte densité.

⁸⁴ T. COWEN, *op. cit.*, p. 532-533.

l'expérience anglaise des câbles TV n'a pas rempli toutes ses promesses⁸⁵ et que la libéralisation ne supprime pas les monopoles naturels, qui sont dus à des conditions technologiques. Depuis l'arrêt *Bronner* de 1998, où la Cour de Justice a adopté un standard très restrictif pour apprécier si une alternative est économiquement déraisonnable, ces critiques ont gagné en pertinence⁸⁶. Néanmoins, comme nous l'avons déjà montré, nous pensons qu'en télécommunications, on peut défendre un standard moins strict que celui de l'opérateur ayant la même taille que le détenteur de la facilité.

30. Les différentes formes d'accès à la boucle locale⁸⁷. — Puisque la boucle locale est une facilité essentielle, ses détenteurs doivent en donner l'accès sous peine d'abus de position dominante. Cet accès peut revêtir différentes formes : l'interconnexion, le partage des installations ou la location, appelée aussi le dégroupage de la boucle locale (*unbundle local loop*)⁸⁸.

En cas d'interconnexion, l'entrant se connecte au réseau de l'opérateur historique à un point d'interconnexion. Ce dernier opérateur gère alors le trafic à partir de ce point jusqu'au client final et est rémunéré par minute de trafic délivré. Cette forme d'accès peut être intéressante pour les entrants qui ne souhaitent pas gérer tout le trafic mais elle présente deux inconvénients. D'une part, elle limite la fonctionnalité des services que l'entrant peut offrir à ceux que l'opérateur historique veut bien rendre disponible quand il traite les appels de son concurrent. D'autre part, elle ne permet pas aux entrants de fournir des services de communications locales vu la faible marge entre les charges d'interconnexion et les prix finaux des communications locales.

En cas de partage des installations, l'entrant loue à l'opérateur historique des canalisations et autres espaces pour y installer ses propres infrastructures. Cette forme d'accès est utile pour des raisons urbanistiques et peut être imposée par les autorités locales. Mais elle est difficile à mettre en œuvre car elle requiert une coopération opérationnelle étroite entre des opérateurs concurrents et aux intérêts divergents.

⁸⁵ OVUM, *Access Networks and Regulatory Measures*, *op. cit.*, p. 52; il faut néanmoins reconnaître que c'est au Royaume-Uni que l'opérateur historique a perdu le plus de parts de marché sur le marché local suite à la politique d'encouragement d'infrastructures alternatives (*Idem*, p. 22).

⁸⁶ M. NAFTEL, *op. cit.*, p. 17 ; B. DUMONT, « Reasonable Access to Essential Facilities : An Empty Label of Competition in Information Technologies », *Communications et Stratégies*, 1999/2, p. 158 ; E. PITT, « Telecommunications Regulation : Is it Realistic to Rely on Competition Law ? », *ECLR*, 1999, p. 247 ; et aussi semble-t-il : ANALYSIS and SQUIRE, SANDERS et DEMPSEY, *op. cit.*, p. 81, note 24.

⁸⁷ OVUM, *Access Networks and Regulatory Measures*, *op. cit.*, p. 56-60.

⁸⁸ Il existe d'autres modes d'accès : la location des lignes que nous évoquerons par la suite et la revente de services.

La location de la boucle locale peut se réaliser de deux façons : de manière physique par la location des fils de cuivre (*copper loop rental*) ou de manière plus virtuelle par la location d'un ensemble de « bits digitaux » (*bit stream access*). Dans la première hypothèse, l'entrant se connecte au commutateur (*switch*) local de l'opérateur historique et loue les fils de cuivre allant de ce commutateur vers le client final. Il gère lui-même le trafic de son client et contrôle la boucle locale qu'il peut améliorer en fournissant des services digitaux comme l'ISDN ou en utilisant des équipements de transmission xDSL. Cela lui permet d'utiliser seulement les fils de cuivre de l'opérateur historique, d'investir dans ses propres équipements de commutation et donc d'éviter les infrastructures de commutation de l'opérateur historique. Il paie une redevance fixe pour l'utilisation des fils qui ne dépend plus de l'importance du trafic comme dans le cas de l'interconnexion. Cette solution est séduisante mais elle présente l'inconvénient majeur de transférer le contrôle physique des fils de cuivre au nouvel entrant, qui risque d'adopter des technologies interférant avec celles qui sont utilisées en d'autres endroits du réseau. Pour pallier ce problème, le *bit stream access* a été imaginé. L'entrant loue à l'opérateur historique un ensemble de « bits digitaux » qui lui permettent de fournir ses services mais la boucle locale reste sous le contrôle de l'opérateur historique. En d'autres termes, l'entrant doit pouvoir offrir les mêmes services que s'il louait les fils mais la responsabilité et la manière concrète de fournir la capacité nécessaire repose sur l'opérateur historique. De toutes les formes d'accès, le dégroupage de la boucle locale offre la marge de manœuvre la plus large au nouvel entrant.

31. Les formes d'accès imposées par le droit de la concurrence. — Puisque les formes d'accès à la boucle locale sont diverses, on peut se demander lesquelles d'entre elles peuvent être imposées par le droit de la concurrence.

Le droit à l'interconnexion est reconnu dans les quinze pays de l'Union européenne. Comme nous le verrons, il résulte du droit spécifique aux télécommunications et non directement du droit de la concurrence, même si la théorie des facilités essentielles imposerait aussi de telles obligations, qui seraient toutefois moins larges.

Par contre, le droit au dégroupage de la boucle locale n'est reconnu que dans six pays de l'Union⁸⁹. Cela signifierait donc que les règles de la concurrence ne l'imposent pas. Nous en voyons deux explications possibles.

⁸⁹ Autriche, Danemark, Finlande, Allemagne, Italie et Pays-Bas ; et la question est actuellement débattue en France, en Irlande et au Royaume-Uni (ANALYSIS and SQUIRE, SANDERS et DEMPSEY, *op. cit.*, n° 17.1.2).

La première consiste à soutenir que la boucle locale n'est pas une facilité essentielle, et partant qu'aucune obligation d'accès ne lui est associée. Nous avons vu que cette question était controversée mais nous avons montré qu'actuellement, dans la plupart des pays de l'Union, la boucle locale remplissait bien les conditions de la facilité essentielle. Dès lors, on peut se tourner vers une deuxième explication selon laquelle le droit d'accès découlant des règles de concurrence ne peut aller jusqu'à imposer une location de la boucle locale. Là encore, nous ne sommes pas convaincus car rien ne permet de justifier que les nouveaux entrants devraient se contenter d'une forme d'accès minimal (l'interconnexion) alors que dans d'autres secteurs où la théorie des facilités essentielles a été appliquée, les entrants ont le droit de louer l'infrastructure. De plus, le droit d'interconnexion ne permet pas d'assurer la concurrence sur le marché des communications locales. Dès lors, nous pensons que les articles 81 et 82 du traité CE sont une base juridique suffisante pour imposer un dégroupage de la boucle locale aux opérateurs historiques⁹⁰. Néanmoins nous pensons que ce dégroupage devrait seulement être imposé pour une période limitée qui donnerait le temps aux nouveaux entrants de s'installer sur le marché sans réduire leurs incitants à construire leurs propres infrastructures au fur et à mesure que les progrès technologiques et les risques commerciaux le permettront⁹¹.

32. La tarification de l'accès. — Nous ne pourrions traiter ici cette question fort complexe. Notons seulement que la tarification de l'interconnexion est réglementée dans certains cas par le droit spécifique des télécommunications⁹². Elle devrait être calculée sur la base des coûts différentiels prospectifs moyens à long terme. En attendant que ceux-ci soient disponibles, il faudra se baser sur la meilleure pratique au sein des pays de

⁹⁰ En ce sens : J. CAS, *op. cit.*, p. 58. D'autres sont plus nuancés en affirmant que le traité CE permet un dégroupage sans l'imposer : T. KIESSLING et Y. BLONDEEL, « The impact of Regulation on Facility-Based Competition in Telecommunications : A Comparative Analysis of Recent Developments in North America and the European Union », *Communications et Strategies*, 1999/2, p. 36 ; Voy. aussi COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*, COM (97) 623 qui précise au point IV.2.3 : « la politique communautaire (des télécommunications) n'exige pas un dégroupage complet de la boucle locale (...). Ce fait n'exclut pas l'introduction de mesures appropriées ou d'obligations au titre des règles de concurrence. En réalité, la question (...) est étroitement liée au degré de concurrence globale sur le marché concerné ».

⁹¹ Cette solution a été retenue par le CRTC pour les zones à forte densité de population, *cf. supra* ; elle est possible en droit communautaire (J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 297, n° IV-Q) et a été utilisée par la Commission qui a imposé à une compagnie aérienne d'accorder l'interligne pendant deux ans à une nouvelle compagnie arrivant sur le marché (Comm., 26 février 1992, British Midland/Aer Lingus, *JOCE*, 10 avril 1992, L-96/34, spécialement point 44).

⁹² Voy. article 7 de la directive ONP-interconnexion évoquée *infra*.

l'Union européenne⁹³. La tarification de la location de la boucle locale n'est pas réglementée mais certains ont montré qu'il serait efficace de la calculer sur base du coût incrémental de long terme plus une marge pour couvrir une partie des coûts communs et partagés⁹⁴.

33. Observations finales - L'opportunité d'un dégroupage de la boucle locale. — A première vue⁹⁵, le dégroupage semble favoriser la concurrence à court terme sur le marché des services puisqu'il facilite l'entrée des nouveaux opérateurs qui ne devront pas construire leurs propres infrastructures. Mais il nuit à la concurrence à long terme sur le marché des infrastructures puisqu'il décourage les entrants à développer leurs propres réseaux et diminue les incitants des opérateurs historiques à moderniser un réseau qu'ils devront partager. Néanmoins, cet arbitrage peut être dépassé si les conditions pour obtenir le dégroupage sont strictement délimitées. D'une part, il doit être limité aux facilités essentielles, c'est-à-dire celles que le nouvel entrant ne pourrait de toutes façons pas construire lui-même, et limité à une période déterminée. On ne peut donc soutenir que l'entrant est découragé à investir en infrastructures. D'autre part, il doit être correctement rémunéré pour que les détenteurs du réseau gardent leurs incitants à le moderniser. Moyennant ces limites, le dégroupage favorisera la concurrence en infrastructures puisqu'il permettra aux nouveaux opérateurs de s'installer sur le marché des services, de se constituer une clientèle ensuite seulement d'investir dans des réseaux⁹⁶.

⁹³ Articles 3 et 4 de la Recommandation 98/195/CE de la Commission du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé : Partie 1 - Tarification, *JOCE*, 12 mars 1998, L-73/42 telle que modifiée par la Recommandation 98/511/CE de la Commission du 29 juillet 1998, *JOCE*, 15 août 1998, L-228/30.

⁹⁴ T. KIESSLING et Y. BLONDEEL, *op. cit.*, p. 32 ; OVUM, *Access Networks and Regulatory Measures*, *op. cit.*, p. 56-60.

⁹⁵ En ce sens: B. DUMONT, *op. cit.*, p. 150-157, M. NAFTEL, *op. cit.*, p. 20.

⁹⁶ En ce sens : T. KIESSLING et Y. BLONDEEL, *op. cit.*, p. 31 ; OVUM, *Access Networks and Regulatory Measures*, *op. cit.*, p. 64-69.

III. L'ACCÈS AUX RESSOURCES DES OPÉRATEURS HISTORIQUES EN DROIT SPÉCIFIQUE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

III.1. Les dispositions de l'ONP assurant un accès aux ressources de télécommunications

34. Le droit de l'ONP. — Outre le droit de la concurrence, le droit spécifique des télécommunications prévoit lui aussi des droits d'accès à certaines « ressources ». Ces dispositions s'insèrent dans le cadre de l'ONP⁹⁷, concept clé de l'ouverture européenne des télécommunications, qui a été précisé dans plusieurs directives spécifiques qui visent les lignes louées⁹⁸, l'interconnexion des réseaux⁹⁹ et le service de téléphonie vocale fixe¹⁰⁰. Comme certains l'ont expliqué¹⁰¹, l'ONP poursuit plusieurs objectifs : assurer une concurrence loyale entre les opérateurs ayant des forces de marchés inégales ; harmoniser les interfaces techniques, les conditions de fourniture et d'utilisation ainsi que les principes de tarification ; et garantir certains droits aux utilisateurs finaux autres que les prestataires de services de télécommunications tels le maintien d'un service universel ou des règles protectrices des consommateurs.

Les dispositions ONP qui présentent un lien étroit avec la théorie des facilités essentielles sont celles qui visent à assurer un accès au réseau et qui poursuivent l'objectif d'assurer une concurrence loyale entre opérateurs. Elles se situent principalement dans les directives ONP-Interconnexion et ONP-lignes louées qui sont deux formes d'accès au réseau de l'opérateur

⁹⁷ Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, *JOCE*, 24 juillet 1990, L-192/1, telle que modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil.

⁹⁸ Directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, *JOCE*, 19 juin 1992, L-165/27 telle que modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil et par la Décision 98/80/CE de la Commission ; ci-après dénommée « directive ONP-lignes louées ».

⁹⁹ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *JOCE*, 26 juillet 1997, L-199/32 telle que modifiée par la directive 98/61 du Parlement et du Conseil ; ci-après dénommée « directive ONP-interconnexion ».

¹⁰⁰ Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, *JOCE*, 1^{er} avril 1998, L-101/24 ; ci-après dénommée « directive ONP-téléphonie vocale ».

¹⁰¹ R. QUECK et Ph. DEFRAIGNE, « Réflexions sur la notion de 'puissance sur le marché' en droit des télécommunications : concept autonome ou chimère », *cet ouvrage*, 1999, n° II-2.

dominant¹⁰². Dans le cadre limité de cette étude, nous ne pourrions qu'évoquer très brièvement les dispositions pertinentes et pour le surplus renvoyer le lecteur aux directives.

35. La directive ONP-interconnexion. — Elle répartit les organismes de télécommunications en trois cercles concentriques. Le premier, qui est le plus large, vise notamment les organismes, quelle que soit leur puissance sur le marché, de réseau et de services publics fixes et/ou mobiles et qui contrôlent ainsi les moyens d'accès à un point de terminaison et les organismes qui fournissent des lignes louées aux installations des utilisateurs (Annexe II de la directive). Le deuxième cercle est plus étroit et se limite aux organismes qui d'une part fournissent un réseau ou un service téléphonique public fixe ou mobile ou un service de lignes louées (Annexe I de la directive) et d'autre part ont été notifiés par les autorités réglementaires nationales en qualité de puissants sur leur marché (art. 4.3 de la directive)¹⁰³. Enfin, le troisième cercle est encore plus étroit puisqu'il regroupe la deuxième catégorie sans les opérateurs mobiles (Annexe I première et deuxième parties de la directive).

À chacun de ces cercles, la directive impose des obligations d'accès et les modalités de celui-ci, qui vont en s'accroissant lorsqu'on passe du cercle périphérique au cercle central. Le premier cercle est soumis à une obligation d'interconnexion (art. 4.1 et 9.3 de la directive)¹⁰⁴, avec néanmoins des possibilités de refus (art. 4.1 et 10 de la directive). La deuxième catégorie d'opérateurs est soumise à des obligations d'interconnexion plus importantes (art. 4.2 de la directive) avec toujours des possibilités de refus (art. 4.2 et 10 de la directive) et certaines de ses modalités sont réglées comme la transparence ou la non-discrimination (art. 6 de la directive). Enfin, pour le troisième cercle, la réglementation des modalités de l'interconnexion est plus importante : une offre d'interconnexion de référence devra être publiée et les redevances d'interconnexion devront être suffisamment dégroupées,

¹⁰² L'article 16 de la directive ONP-téléphonie vocale vise lui aussi l'accès au réseau. Tant cet article 16 que l'article 4.2 de la directive ONP-interconnexion visent l'accès spécial au réseau mais alors que le premier ne vise que le réseau fixe, le second a un champ d'application plus large puisqu'il vise l'accès au réseau tant fixe que mobile.

¹⁰³ Selon l'article 4.3 de la directive, un organisme est réputé puissant lorsqu'il détient une part supérieure à 25% d'un marché donné mais les autorités réglementaires nationales peuvent renverser cette présomption en se basant sur d'autres critères que les parts de marché. Sur ces questions, voy. EUROPEAN COMMISSION-DG XIII, *Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of ONP Directives* ; disponible sur le site <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm> ; R. QUECK et Ph. DEFRAIGNE, *op. cit.*

¹⁰⁴ J. SCHERER et T. BARTSCH, « Telecommunication Law and Policy of the European Union », n° 1.99 in J. SCHERER (ed), *Telecommunications Laws in Europe*, London, Butterworths, 1998.

transparentes et surtout orientées vers les coûts (art. 7 de la directive). Pour s'en assurer, des systèmes de comptabilité adaptés devront être adoptés¹⁰⁵.

36. La directive ONP-lignes louées. — Elle répartit les opérateurs en deux cercles concentriques. Le premier vise les opérateurs puissants sur le marché des lignes louées ou, s'il n'y en a pas, les opérateurs notifiés par les autorités réglementaires nationales comme devant respecter la directive tandis que le second se limite aux opérateurs puissants.

La première catégorie d'opérateurs doit accorder la location de ses lignes avec néanmoins des possibilités de refus (art. 6 de la directive) et certaines modalités visant la transparence et la non-discrimination sont réglementées (art. 3, 4, 5, 8 de la directive). Le deuxième cercle voit ses obligations renforcées puisque les modalités sont davantage réglementées : les tarifs de location doivent être orientés vers les coûts et transparents et pour en assurer le respect, un système de comptabilité approprié devra être adopté (art. 10 de la directive).

37. Conclusion. — On remarque que le droit spécifique des télécommunications réglemente très précisément deux formes d'accès aux réseaux et aux services. Plus la force de marché d'un opérateur est importante, plus les obligations qui lui sont imposées sont nombreuses. Les directives ONP renforcent les obligations là où la concurrence risque d'être obérée afin d'aboutir au même résultat que la concurrence. Il s'agit de mimer une concurrence qui se fait par trop longtemps attendre.

III.2. Les relations entre le droit de l'ONP et le droit de la concurrence

38. Comparaison entre le droit de la concurrence et le droit de l'ONP – Les opérateurs visés. — L'article 82 du traité CE s'applique aux entreprises jouissant d'une position dominante. Pour la repérer, il faut déterminer le marché pertinent et ensuite prouver la dominance. Elle résultera normalement de parts de marché supérieure à 50%, mais d'autres facteurs pourront aussi intervenir. Le droit de l'ONP, quant à lui, impose certaines obligations à tous les opérateurs, tandis que d'autres sont limitées aux organismes puissants notifiés par les autorités réglementaires nationales. Pour repérer la puissance, les autorités réglementaires nationales devront, sur base du marché

¹⁰⁵ Voy. la Recommandation 98/322/CE de la Commission du 8 avril 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé : Partie 2 - Séparation comptable et comptabilisation des coûts, *JOCE*, 13 mai 1998, L-141/6.

préalablement défini dans les directives, examiner si les parts de marché dépassent le seuil de 25%.

On observe d'importantes différences entre l'approche de la concurrence et celle de l'ONP. Alors que la première fixe le seuil critique des parts de marché à 50%, la seconde les établit à 25%. On pourrait dès lors penser que le concept de puissance est plus facilement atteint que celui de dominance¹⁰⁶. Pourtant, il faut être prudent car la base de calcul, c'est-à-dire le marché pertinent, est différente. Alors que les instances de concurrence définissent le marché de manière pragmatique, au cas par cas, les autorités réglementaires nationales doivent reprendre la définition adoptée par les directives. Ainsi, le marché à prendre en compte en droit de la concurrence pourrait s'avérer beaucoup plus étroit que ceux définis dans le cadre de l'ONP. Une firme qui est en position dominante pourrait ne pas être puissante et *vice et versa*¹⁰⁷. En outre, les autorités réglementaires nationales doivent notifier *ex ante* les organismes puissants. Cela permet aux opérateurs de savoir à l'avance qu'ils sont soumis aux obligations ONP et renforce leurs incitants à s'y conformer. Par contre, la dominance ne sera envisagée qu'au cours de l'examen d'un abus éventuel. Il y règne une plus grande insécurité juridique qui diminue les incitants à ne pas commettre d'abus.

39. Suite – Les obligations d'accès. — Le droit de la concurrence impose des obligations d'accès assez larges sous peine d'abus. Elles sont encore élargies si l'opérateur détient une facilité essentielle puisqu'il devra alors donner l'accès même s'il ne l'accorde à personne d'autre. Le droit de l'ONP se limite, quant à lui, à deux formes d'accès au réseau (interconnexion et lignes louées) mais pour celles-là, impose des obligations aussi larges qu'en cas de détention d'une ressource essentielle.

À nouveau, nous pouvons relever les différences entre les deux approches. Le droit de la concurrence adopte une approche plus équilibrée puisque l'obligation ne sera très large qu'en cas de détention d'une installation essentielle. Par contre, le droit de l'ONP se place d'emblée dans cette perspective large au risque de décourager les investissements en infrastructure. Toutes les critiques pertinentes qui avaient été soulevées à l'encontre d'une extension de la théorie des facilités essentielles, et qui avaient amené la Cour

¹⁰⁶ En ce sens, voy. la Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, dont la note 57 précise que « la notion de puissance sur le marché s'applique, en général, à une situation de pouvoir économique sur un marché moins fort que celui que confère la position dominante » ; M. BRODEY et S. POLSTER, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁷ EUROPEAN COMMISSION-DG XIII, *Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of ONP Directives*, *op. cit.*, p. 3, pt 2.2.

de Justice à adopter une vision très restrictive, ne semblent pas avoir été prises en compte dans le droit de l'ONP. Ces larges obligations d'accès ne peuvent donc s'expliquer par le seul souci de maintenir une saine concurrence entre les opérateurs. Pour les justifier, il faut se tourner vers les autres buts de l'ONP comme l'assurance que chaque client d'un opérateur peut communiquer avec les clients d'un autre opérateur pour bénéficier des externalités positives des réseaux.

40. Suite - Les modalités d'accès. — Le droit de la concurrence réglemente certaines modalités d'accès: les conditions ne peuvent être discriminatoires, le prix ne peut être excessif et toute combinaison de produits est interdite. Il en est de même pour le droit de l'ONP : interdiction de discrimination, même par rapport à ses propres services ; orientation des tarifs vers les coûts, ce qui nécessite une comptabilité appropriée ; interdiction de combinaison de produits et enfin, publicité de nombreuses informations pour assurer la transparence.

Ainsi, le droit de l'ONP réglemente les modalités d'accès de manière plus précise. Par exemple, il impose des tarifs orientés vers les coûts et pas seulement un prix non excessif. Néanmoins, il ne faut pas exagérer la portée de cette différence puisque, suivant la jurisprudence *Ahmed Saeed*¹⁰⁸, le droit spécifique à un secteur influence l'application du droit de la concurrence à ce secteur. Dès lors, pour apprécier si un prix est excessif, les instances en charge de la concurrence pourront se référer aux directives ONP. Par ailleurs, le droit de l'ONP impose de nouvelles modalités qui ne se retrouvent pas en droit de la concurrence telles les dispositions liées à la transparence ou l'établissement d'une comptabilité détaillée¹⁰⁹. Elles visent à garantir une application efficace des règles de l'ONP mais aussi du droit de la concurrence et à faciliter la résolution des litiges qui pourraient naître dans ces cadres¹¹⁰.

41. La complémentarité entre le droit de la concurrence et le droit de l'ONP. — Ces deux corps de règles forment un ensemble cohérent de mesures qui poursuivent le même but : assurer un environnement de marché libéralisé et concurrentiel dans le secteur des télécommunications¹¹¹. Mais leurs

CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro GmbH/Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV*, 66/86, *Rec.*, p. 803, pt 43. Voy. aussi la Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, pt 58, 62, 108.

¹⁰⁹ Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, pt 15, 22.

¹¹⁰ Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, pt 98, 116.

¹¹¹ Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, pt 149. Toutefois, l'ensemble des règles ONP poursuit d'autres objectifs que la seule concurrence (voy. *supra* n° 34, 39).

approches sont différentes. Le droit de l'ONP vise à créer et organiser un marché spécifique. Il règle certaines questions particulières touchant aux conditions d'entrée sur ce marché ou aux comportements à adopter lorsqu'un opérateur y est présent. Par contre, le but du droit de la concurrence est « seulement » d'assurer le bon fonctionnement de l'ensemble des marchés. Il se contente de contrôler et d'interdire certaines pratiques anticoncurrentielles. En définitive, la régulation sectorielle intervient en amont alors que les règles de concurrence interviennent en aval¹¹². Ainsi, de nombreuses dispositions de l'ONP ont pour but de prévenir l'application du droit de la concurrence¹¹³, ou à tout le moins d'en faciliter la résolution des litiges. On perçoit donc que les deux corps de règles sont complémentaires et que chacun doit être respecté par les opérateurs¹¹⁴.

42. Conclusion finale. — La Cour de Justice, dans son arrêt *Bronner*, a consacré les deux conditions traditionnelles de la théorie des facilités essentielles: l'infrastructure doit être essentielle dans le sens où il ne peut exister de substitut réel ou potentiel à celle-ci et le marché en aval que tente de pénétrer le demandeur d'accès ne peut connaître de concurrence. Toutefois, le standard que la Cour utilise pour juger de la viabilité d'une nouvelle infrastructure l'amène à restreindre la portée de la théorie pour éviter qu'elle ne freine l'efficacité de l'intégration verticale, la recherche et l'innovation, les incitants à construire des infrastructures alternatives et finalement le développement à long terme de la concurrence au profit du consommateur final.

Cette jurisprudence s'est développée dans le contexte d'un réseau non physique de distribution organisé dans un environnement concurrentiel. On peut se demander si elle est transposable telle quelle au secteur des télécommunications, où les infrastructures ont été financées par des fonds publics en dehors de toute concurrence. De plus, dans ce secteur soumis à une évolution technologique rapide, la seule promotion de la concurrence à long terme risque de freiner l'émergence de nouveaux acteurs qui pourraient

¹¹² L. IDOT, « Règles de concurrence et régulations sectorielles », n° 15 in TEPSA (éd), *La régulation des services publics en Europe*, à paraître ; *Contra* : P. NIHOUL, « Norme, régulation et réforme des télécommunications », *Ann. Droit de Louvain*, 1998, 389-423, spécialement p. 405.

¹¹³ Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, pt 58, 62 ; comme le relève IDOT (« Règles de concurrence et régulations sectorielles », *op. cit.*, n° 40), les réglementations sectorielles comme le droit de l'ONP ont pour conséquence de limiter le recours à la théorie des facilités essentielles ; elle note que les applications jurisprudentielles les plus significatives de cette théorie sont intervenues dans les domaines où il n'existait précisément pas de réglementations sectorielles.

¹¹⁴ Communication sur les accords d'accès, *op. cit.*, pt 22, 58 ; Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, *op. cit.*, pt 15-18.

devenir de futurs concurrents. Dès lors, nous pensons que la théorie des facilités essentielles, raisonnablement comprise, offre une base juridique suffisante aux nouveaux entrants pour obtenir l'accès à certaines infrastructures détenues par les opérateurs historiques, notamment un dégroupage de la boucle locale pour une durée limitée.

Certaines dispositions du droit de l'ONP accordent aussi aux entrants des droits d'accès. Les formes d'accès sont plus limitées mais les conditions pour l'obtenir sont moins exigeantes. Il nous paraît que le droit de l'ONP, avec ses définitions des marchés préétablies et ses seuils de parts de marché peu souples, adopte une approche trop rigide, trop juridique. Le droit de la concurrence, plus pragmatique, plus économique semble mieux convenir aux questions d'organisation des marchés.

Le droit de la concurrence sera amené à jouer un rôle de plus en plus important dans l'organisation du secteur des télécommunications. S'il est appliqué de manière raisonnable, en cherchant avant tout à promouvoir le bien-être des consommateurs, il est parfaitement apte à remplir ce rôle. Plus fondamentalement, on peut se demander si le droit de la concurrence, qui est né et s'est développé dans une économie industrielle, pourra correctement réguler l'économie informationnelle en réseaux. Vu le pragmatisme et la faculté d'adaptation dont ont toujours fait preuve les autorités en charge de la concurrence, la réponse paraît affirmative. Encore faut-il qu'elles inventent de nouveaux outils pour suivre l'évolution de la société. La théorie des facilités essentielles en est précisément un, donnons-lui toutes ses chances.